P E R

D. Maria Antonia Chiapparelli, o ſia
per la validità del teſtamento
di *D. Gaetano Cand*

CONTRO

D. Maddalena Ferrajolo

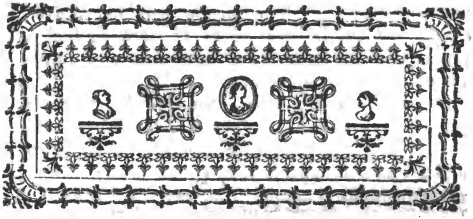
COMMESSARIO

Il Dottiſſimo Conſigliere D. Raffaele Giovannelli;

BIBLIOTECA NAZIONALE DI NAPOLI

In Banca *Falanga*
Scrivano *Scarola*;

Digitized by Google



LA vedova *D. Maria Antonia Chiapparelli* domanda nel S. C. l' offervanza di ciò che il defunto marito *D. Gaetano Canò* aveva ordinato col fuo ultimo teſtamento, e lo domanda anche a danno de' fuoi intereſſi, che meglio avrebbe accomodati con coloro che 'l teſtamento medeſimo voglion annullare col preteſto della madre del defunto *D. Maddalena Farrajolo* in eſſo preterita! Ella la Vedova attrice, che non ha dal marito, che un breve uſufrutto de' di lui beni, e contro al teſtamento, oltre le vantaggioſe offerte di coloro che 'l voglion nullo, potrebbe domandar la quarta per la poca ſua dote, e perchè ne' di lui acquiſti fu ſocia, ed ebbe eſſa la miglior parte, lo ſoſtiene. Quelli all' incontro, che tutto l' emolumento ne ritraggono, per ſcinpare, e ſcialacquare i beni,

che con varie vicende, ed in tanto tempo colla sua parsimonia e della moglie acquistati aveva, e volle ad essi lasciare ed ai di loro figliuoli, per la supposta preterizion della madre l' impugnano e voglion annullare.

D. *Gaetano Canò* adunque, non avendo propri figliuoli dalla natura, e dalla legge alla sua successione invitati, col testamento, ch'è il più savio, e più giusto di quanti il S. C. ne ha giudicati, ricordevole di chiunque l' apparteneste secondo i bisogni, ed i gradi dell' affezione, volle ciascuno rimunerare. Prima di tutto ordinò la conservazione de' suoi beni, finchè durasse la discendenza di coloro che strettamente l' appartenevano, e descrivendoli nel valore di circa ducati 1560 di gioie, in un appartamento di Case, e nel negoziato di ducati 12 mila, ad un perpetuo fedecommesso li soggettò, dedotte le necessarie spese, ed i legati che ordinava.

Tra suoi alla goduta del fedecommesso, che ordinava, preferì la moglie a condizione della sua perpetua viduità, poichè era quella ad essolui la più cara, e ne' suoi acquisti aveva più che poco contribuito non solo colla sua industria, e parsimonia, ma coll'ajuto, che i di lei genitori in varj casi di sua fortuna dato l' avevano, e sono ancora della sua eredità creditori. E perciò *erede universale, e particolare nell' usufrutto della sua eredità da sottoporsi tutta a fedecommesso, la*

isti-

ſtituì. Ma mancando alla condizione della viduità ogni ſua generoſità riduſſe a ducati 1000, incluſe in eſſi le di lei doti, e tutt'i lucri dotali, ed al mobile della ſua ſtanza colle veſti, e biancherie.

In ordine dell'amore ſeguiva la madre *D. Maddalena Ferrajolo*, alla quale dopo aver proveduto di ducati ſette e mezzo al meſe, e di altrettanti alla di lei figliuola vergine, e ſua ſorella *D. Vittoria*, che dovendo ambedue convivere aveſſer ducati *quindici* al meſe, la ſoſtituì nel ſedecommeſſo *in utrumque caſum* della morte, e dell'inadempimento della condizione, e diſſe: *il ſedecommeſſo pervenghi a detta mia madre D. Maddalena Ferrajolo durante la ſua vita tantum, nel modo, ordine, e ſerie, come ſtà ſpiegato di ſopra, e ſotto l'iſteſſi vincoli, e condizioni, e proibizioni di ſopra ſpiegate. E così ancora SOSTITUISCO detta mia madre nel caſo moriſſe detta mia moglie.*

Dopo la morte della madre ſoſtituì alla goduta dello ſteſſo ſedecommeſſo la di lui ſorella *D. Michela* maritata con *D. Franceſco di Pompeo*, e la gravò di corriſpondere durante la ſua vita a' figliuoli maſcoli di *D. Giovan Battiſta*, comune fratello, la metà de' frutti del ſedecommeſſo medeſimo, i quali all'intera goduta del ſedecommeſſo dopo la morte della di loro zia ſoſtituì, e volle

che andaſſe nella di loro ſucceſſione da maſchio in maſchio *in infinito*, *ed in perpetuo* , ed eſtinguendoſi i maſchi chiamò le femmine, ed i maſchi diſcendenti da eſſe, ed all'ultimo in cui la linea e la diſcendenza s'eſtingueſſe , diè facoltà di diſporre, ordinandoli ſolo di fondare una Capellania con meſſa quotidiana perpetua , da celebrarſi nella Chieſa di *S. Giovnai* in *Corte* in ſuffragio dell' anima ſua, e di ogni altra più biſognoſa di ſuffragio.

E' detto, che alla madre prima che godeſſe del fedecommeſſo, provide di convenienti alimenti, e così alla ſorella nubile, alla quale laſciò la dote di ducati 1000 quando andaſſe a marito. Ad altra ſorella chiamata *D. Anna*, e maritata con *D. Antonio di Pompeo* laſciò altri carlini trenta al meſe. E non dimenticoſſi di alcuno de' ſuoi congiunti , che con regolata carità non godeſſe degli effetti di ſua fortuna ; ed all' anima ſua conſigliò col legato di alcune meſſe , e nell' eſtinzione del fedecommeſſo colla cappellania perpetua, per la quale ſi ricordò Criſtianamente di ogn' altra anima biſognevole di ſuffragio, ed anche del comodo della ſua Chieſa di *S. Giovanni in Corte* ; e ricordandoſi pure di chi ſervito l' aveva , laſciò duc. 50. ad un uomo , e duc. 20. ad una donna .

Queſto è il teſtamento, queſta è l'ultima volontà di

di *D. Gaetano Canò* , che la legge nè comanda l' oſſervanza , e la di lei Vedova ſoſtiene , e difende, mentre i congiunti del defunto, de' quali è tutto l' emolumento della di lui eredità , lo voglion diſtrutto, ed annullato non ad altro fine, che per torre il vincolo del fedecommeſſo, e ſciuparſi i beni, defraudandone i loro proprj figliuoli. Dicono che il teſtamento ſia nullo, perchè preterita la madre, la quale coll' onorevole titolo di erede il figliuolo beneficar doveva, e non di legataria. La Vedova dice, che il teſtamento ſia valido, perchè non aveva obbligo il figliuolo d' iſtituir la madre nel peculio procacciato da' ſuoi ſudori nella mercatura e ciò non oſtante la onorò col titolo di erede, oltre il legato. Perchè ſe anche obbligo aveſſe avuto d' iſtituirla , e non l' aveſſe iſtituita erede, caducata l' iſtituzione , reſta ogn' altro fermo nel teſtamento. Perchè ſe anche foſſe nullo il teſtamento, la clauſola codicillare ſoſtiene le ultime volontà de' defunti. E finalmente quando alla madre ſpettaſſe o colla *querela inofficioſi*, o coll' azione *ſuppletoria* la legitima, non può eccedere la decimaquinta porzione dell' eredità del figliuolo.

CAPO I.

Della validità del teſtamento di D. Gaetano Canò, e della forza, ed effetto della clauſola codicillare, che anche nel teſtamento nullo ſoſtiene la volontà del defunto.

CHe dicono i congiunti del teſtatore *D. Gaetano Canò*, che perchè e' non diſſe *inſtituo matrem*, ma *laſcio a mia madre*, e poi *ſoſtituiſco mia madre*, il teſtamento ſia nullo? Ma dov' eſſi hanno imparata queſta teorìa ne' libri della legge, ne' quali ſi ſoſtiene anche il teſtamento del prodigo, e del furioſo inteſtabili, quando ſia ſanamente fatto (1); ove data la libertà al padre di famiglia di teſtare, ſi dice *ita jus eſto*, cioè così ſi oſſervi, e ſia legge ciò che ha diſpoſto; ove *in teſtamentis totum facit voluntas defuncti* (2); ove finalmente è ſcritto: *nihil eſt quod magis hominibus debeatur, quam ut ſupremæ voluntatis, poſtquam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtylus, & licitum quod iterum non redit arbitrium* (3).

Se la validità d' un teſtamento dipendeſſe da una ſola voce, e foſſe valido il teſtamento ove alcuno

(1) *Val. Max. lib. 7. cap. 8. Novell. 39.*
(2) *L. ex facto 35. de hered. inſtit.*
(3) *L. 1. C. de Sacroſ. Eccleſ. l. 50. §. quod autem, l. non aliter 67. d. de leg. 2.*

cuno aveſſe detto *iſtituiſco* mia madre in un ſoldo, reſtando ad eſſa l' azione ſuppletoria al pieno della legittima, e foſſe nullo il teſtamento di colui, che detto aveſſe *laſcio* a mia madre *mille*, i libri della legge ſarebbero la ſcuola delle capzioſità, e del cavillo, e non della giuſtizia, e dell' equità, ed allora ſarebbe ſcritto da ſennocciocchè per ſcherzo *Cicerone* (1) ſcriſſe di *Scevola*: *Nam ſi inquam Scævola nullum erit teſtamentum recte factum, niſi quod tu ſcripſeris, omnes ad te cives cum tabulis veniemus.*

Ma la legittima per vincolo più ſtretto della natura, e della legge Civile a' figliuoli dovuta, a qualunque titolo poteva laſciarſi, e ſolo quello in poteſtà, che foſſe preterito, annullava il paterno teſtamento, l'emancipato domandava la poſſeſſione de' beni *contra tabulas*, ſe non foſſe in alcuna maniera nel teſtamento nominato, o in altra maniera di quella proveduto (2). Ne abbiamo un bell' eſempio da *Papiniano*: *ſi quis mortis cauſa donaverit filio quartam partem ejus quod ad eum eſſet perventurum, ſi inteſtatus pater deceſſiſſet, recte eum teſtatum cenſeo* (3). Queſta parte dell' antico drit-

(1) *Cicero* 11. *de Orat. c.* 6.

(2) *Vinn. ad §. inſt.* 6. *de inoff. teſtam.*

(3) *L. Papinianus §. ſi quis mortis D. de inoff. teſtam.*

dritto fu da *Giuſtiniano* confermata con una Coſtituzione, la quale ſcriſſe *ad teſtamenta conſervanda, nec facile retractanda* (1), e di cui fa particolar menzione nel §. 6. *inſt. de inoff. teſtam. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioſo agere non poſſit, SIVE JURE HEREDITARIO, SIVE JURE LEGATI VEL FIDEICOMMISSI, VEL SI MORTIS CAUSA EI QUARTA DONATA FUERIT, VEL INTER VIVOS IN HIS TANTUMMODO caſibus, quorum mentionem noſtra fecit conſtitutio, vel aliis modis, qui in noſtris conſtitutionibus continentur.* Ne ſino a che pubblicò il Codice altro immutò dall' antico dritto, che come prima, benchè a qualunque titolo anche per atti tra vivi poteſſe laſciarſi la legittima, doveva però laſciarſi intera ed indiminuta (2), così perchè meno i teſtamenti, e le ultime diſpoſizioni foſſer ſoggette a cavillazioni, volle, che anche qualunque parte, ed a qualunque titolo laſciata, non daſſe luogo alla *querela inofficioſi*, ma daſſe azione al ſupplemento della legittima medeſima (3).

Ma glorioſo d' innovare dall' antico dritto, come di

(1) *L.* 30. *C. de inoff. teſtam.*

(2) *L. dic. l. Papinianus* §. *quoniam D. de inoff. teſtam.*

(3) *L. omnimodo C. de inoff. teſtam.*

di lui ſcriſſe *Procopio* in *anecd. cap. XI.* : *Magiſtratum formis, legumque, ac militarium ordinum abrogatis, alias invexit non jure, non publico comodo adductus, ſed ut omnia nova, & de ſuo nomine dicerentur*, con una Novella coſtituzione ordinò, che la legittima a figliuoli doveſſe laſciarſi col titolo di erede, *& e contrario de liberorum teſtamentis hæc eadem cum aliqua diſtinctione diſponere. Sancimus itaque non licere liberis parentes ſuos præterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent teſtandi licentiam, eos omnino alienare: niſi cauſas quas enumeravimus, in ſuis teſtamentis ſpecialiter nominaverint.*

Non vogliamo urtare con i più degli interpetri, i quali han creduto, che l' innovato circa il modo da laſciare la legittima da padri a' figliuoli valeſſe anche per i figliuoli verſo de' loro genitori, mentre diverſa era la ragione degli uni da quella degli altri, e l' Imper. dopo aver parlato del modo da laſciarſi la legittima a figliuoli, ed aver lungamente enumerate le giuſte cauſe dell' eſeredazione, riſpetto alla legittima dovuta ai genitori diſſe: *hæc eadem cum aliqua diſtinctione diſponere*, ed ordinò *ſancimus itaque non licere liberis parentes ſuos præterire, aut QUOLIBET MODO a rebus propriis eos omnino alienare.*

Trattavaſi d'immutare l' antico dritto, e biſognava in

in ciò chiara, ed espressa legge (1), la quale se per i padri verso i figliuoli aveva scritta, per i figliuoli verso i padri loro non espressamente aveva confermata, anzi detto aveva *sed cum aliqua distinctione*, che costoro non potessero i loro genitori *præterire, aut QUOLIBET MODO a rebus propriis omnino alienare*. Dunque se lasciato l'avessero a titolo di legato, o di fedecommesso, o per qualunque altra via, nè preteriti avendoli, nè in tutto alienati dalla loro successione, pareva che secondo l'antico dritto, e quello del suo Codice, e delle sue costituzioni, non meritasser i figli riprensione. Così opinò *Giasone*, e non esso *Bartolo* nel comento all' *auth. Novissima*; ma i più degl'interpetri, non è da negare, che fosser concorsi nell'opinione, che colla *Novella* la forma dell'istituzione come de' padri verso i figliuoli, così di costoro verso di essi fosse innovata.

Sia però come si voglia, che anche i figliuoli dovessero nominatamente istituire i loro genitori. Che perciò avendolo omesso sarà nullo, caderà l'intero testamento, resterà priva di esecuzione tutta la disposizione? Oibò! *Si autem*, è scritto nella stessa Novella §. 9., *hæc omnia non fuerint observata, nullam vim hujusmodi testamentum QUANTUM*

(1) *L. non est novum, & duabus sequentibus D. de legib.*

TUM AD INSTITUTIONEM HEREDUM HABERE SANCIMUS: SED RESCISSO TESTAMENTO, EIS QUI AB INTESTATO AD HEREDITATEM DEFUNCTI VOCANTUR, RES EJUS DARI DISPONIMUS, LEGATIS VIDELICET VEL FIDEICOMMISSIS, ET LIBERTATIBUS, ET TUTORUM DATIONIBUS, SEU ALIIS CAPITULIS, sicut superius dictum est, SUAM OBTINENTIBUS FIRMITATEM (1). Quindi l'autore dell'*aut.* sotto il *tit. ad S. C. Tertyll.* ſcrive: *In teſtamento quoque non licet liberis parentes excludere, niſi juſta cauſa exheredationis inſeratur, quæ ſeptenario numero nova conſtitutione diſtribuitur, alioquin reſcinditur teſtamentum CIRCA INSTITUTIONES: NAM IN CÆTERIS PERSEVERAT.*

Riflessioni sull' peculio di D. Gaetano Canò

PRima però di paſſare innanzi convien riflettere, che *D. Gaetano Canò* diſpoſe del peculio, che colla mercatura acquiſtato aveva, e che avendo l' Imperador *Giuſtiniano* uguagliato in tutto al peculio quaſi caſtrenſe (2), morendo il

(1) *Novel.* 115. *cap.* 4.
(2) *L. cum oportet* 6. *C. de bon. quæ liber.*

il figliuolo anche ſotto la patria poteſtà laſciar non doveva la legittima al padre iſteſſo: *hoc nihilominus eis addito privilegio, ut neque eorum teſtamenta inofficioſi quærela eſpugnentur*. Certamente la madre non può aver maggior dritto nell' eredità del figliuolo di quello aveva il padre nella ſua poteſtà, e ſe *Gaetano Canò* poteva in quel peculio preterire il padre, tanto più preterir poteva la madre; e ſe dal padre *teſtamentum filii quærela inofficioſi* per il peculio *quaſi caſtrenſe non eſpugnabatur*, tanto meno può dalla madre eſpugnarſi. Nè lo ſteſſo Imperadore, che quel privilegio dato aveva al peculio quaſi caſtrenſe, colla *Novell.* 115. a ſentimento di tutt' i dotti innovò sù di ciò. *In toto jure generi per ſpeciem derogatur, & illud potiſſimum habetur, quod ad ſpeciem directum eſt* (1). La Novella, colla quale volle che i figliuoli aveſſero laſciata la legittima a loro genitori, è in termini generali, nè con eſſa fu derogato al privilegio prima conceduto a figliuoli medeſimi per il *peculio: quidquid poſteriore lege ſpecialiter expreſſum non eſt, id veterum legum, conſtitutionum regulis relictum intelligendum eſt* (2).

Que-

(1) *L. in toto jure D. de reg. jur.*

(2) *l. non novum, & duabus ſequent. D. de legib.*

Queſti ſono i precetti della legge, e così nel caſo di cui ſi tratta l'inteſero i dotti. *Ugon Donello* dopo di aver parlato del privilegio conceduto a figliuoli ſul peculio, eſaminando il diſpoſto della *Nov.* 115. ſcriſſe: *Summa ergo hæc eſt, quam etiam poſt novellas conſtitutiones Juſtiniani tenere debemus. Adverſus teſtamentum militis patris familias, quocumque jure teſtetur, ſive militari, ſive communi, & de quibuſcumque bonis, ſive caſtrenſibus, ſive aliunde quæſitis, nulla eſt quærela inofficioſi, ne liberis quidem militis l. de inofficioſo C. de inoff. teſtam. In eadem cauſa eſt teſtamentum filii familias, qui modo de caſtrenſi peculio teſtetur, de quo ſolo poteſt l. teſtamentum C. eodem, ſed hac lege, ut ſui juris factus non ſolum hoc privilegium retinet in bonis caſtrenſibus, ſed etiam hoc idem in cæteris bonis aliunde quæſitis nanciſcatur, utpote translatus ad conditionem, & jus militum patrum familias* (1).

Samuele Coccei con maggior chiarezza inſegnò: *An privilegium l. finalis C. de inoff. teſtam. per Novell. 115. mutatum ſit? Præmittendum hic eſt, filiosfamilias paganos de ſuo peculio caſtrenſi, vel quaſi caſtrenſi PRO LUBITU TESTARI, INDEQUE PARENTES EXCLUDERE POTUISSE, NEQUE HIS TUM QUÆRELA COMPETEBAT l. fin.*

(1) *Donell. lib. 19. cap. 5. n. 6.*

l. fin. C. de inoff. teſtam. Cum vero poſtea per Novell. 115. in genere diſpoſitum ſit, non licere liberis parentes ſuos præterire, dubium inde ortum fuit, an id quoque verum ſit de liberis teſtantibus de peculio quaſi caſtrenſi ſecundum privilegium d. l. final., adeoque an hoc ſublatum ſit per d. Novell. 115. Quod negatur l. quia privilegia anteriora per generalem conſtitutionem poſteriorem non tolluntur. II. quia Juſtinianus poſt illam Novell. 115., privilegium d. l. final. tollit in filiis clericis per Novell. 123. cap. 19., quod opus non fuiſſet, ſi privilegium illud jam in totum per Novell. 115. ſublatum fuiſſet. Atque ita plurimi DD. ſentiunt (1). Così ſentì il dottiſſimo *Cujacio* (2), così il *Perezio* (3), così l' *Illigero* (4), così il *Brunnemanno* (5), così il *Voet* (6), e tant' altri, che hanno illuſtrato il dritto.

La

(1) *Coccei jus civil. contr. lib. 5. tit. 2. p. 19.*
(2) *Cujac. ad d. l. ult. C. de inoff. teſt.*
(3) *Perez. C. de inoff. teſt.*
(4) *Illiger. ad Donell. loc. cit.*
(5) *Brunnem. ad d. l. fin. C. de inoff. teſtam.*
(6) *Voet ad tit. D. de inoff. teſtam. n. 22.*

La madre non è preterita nel teſtamento di D. Gaetano Canò.

MA vogliam concedere, che con queſto privilegio del peculio dopo la *Nov.* 115. foſſe dovuta la legittima al padre, o che la madre aveſſe maggior dritto del padre nel peculio del figlio, ove è, che nel teſtamento di *D. Gaetano Canà* la madre *D. Maddalena Ferrajolo* ſia preterita? Ella è ben più che una volta nominata, ed oltre al legato ch' ebbe dal figliuolo, fu ſoſtituita in tutta la di lui eredità. Se la ſoſtituzione *eſt ſecundi heredis appellatio* (1), ha avuto quel titolo onorevole di erede, che ſupponſi la *Novella* voglia anche verſo la madre. Tutto ciò ch' è emolumento la legge ordina di domandarſi coll' azione ſuppletoria. Può il padre iſtituire un figliuolo in men d' un' obolo, perchè abbia il ſupplemento alla legittima, *nec occaſione minoris quantitatis teſtamentum reſcindatur*. Può all' iſtituzione ingiugner qualunque peſo, qualunque gravame, qualunque modo, qualunque dilazione, perchè tolto ogni gravame reſti la legittima libera, e valga il teſtamento (2). Che l' iſtituzione ſia nel primo gra-

(1) *Caij inſt. lib.* II. *tit.* I. *Paulus lib.* III. *ſent.* 4. §. 17. & 22. *Ulpian.* 33.

(2) *L. quoniam in prioribus C. de inoff. teſt.*

do, ſia nel ſecondo val poco, baſta che ſia ſtata onorata del titolo di erede. Ciò è ben detto nella ſteſſa *Nov.* 115. *c.* 5. *Cæterum ſi qui heredes fuerint nominati, etiamſi certis rebus juſſi fuerint eſſe contenti, hoc caſu quidem teſtamentum nullatenus ſolvi præcipimus; quicquid autem minus eis legitima portione relictum eſt, hoc ſecundum noſtras alias leges ab heredibus impleri.*

Il Principe degl' interpetri *Giacomo Cujacio lib. IX. quæſt. Pauli* così ſcrive: *Non valere teſtamentum in quo filius præteritus eſt, hoc plerumque falſum eſt, quia uno tantum caſu eſt verum, SI FILIUS PRÆTERITUS SIT AB OMNIBUS GRADIBUS.* Ma *Cujacio* non parla altro linguaggio che quello de' Giureconſulti Romani. Il Giureconſulto *Paolo* propone queſto caſo: *Lucius Titius, cum haberet filios in poteſtate, uxorem heredem ſcripſit, & ei ſubſtituit filios. Quæſitum eſt, an inſtitutio uxoris nullius momenti ſit, eo quod ab eo gradu filii non eſſent exheredati? Reſpondi, eum gradum, a quo filii præteriti ſint, nullius eſſe momenti: & ideo cum IIDEM SUBSTITUTI PROPONUNTUR, EX TESTAMENTO EOS HEREDES EXTITISSE VIDERI* (1). Nè altra potette eſſer la ragione, che l' Imperat. *Aleſſandro*, aſſiſtito da più va-

(1) *L. ex facto* 43. §. *Lucius de Vulgari, & pupillari ſubſt.*

valenti Giureconsulti nella rinomata legge *Si pater puellæ de inofficio testam.*, dichiarò calunniosa la *querela inofficiosi*, che portata avevano i Curatori della figliuola gravata nel triente dell' eredità, allorchè per dritto antico la legittima lasciar si doveva intera, e senza alcun peso, e non era conosciuta ancora l' azione suppletoria, che fu introdotta da *Giustiniano*, se non perchè conobbe che ciò che mancava nell' istituzione, era nella sostituzione, che il padre fatta aveva in di lei beneficio delle porzioni del fratello, e della madre. Nè altro poi volle l' Imperador *Giustiniano*, che l' onore del titolo di erede in coloro, che avevan dritto alla legittima, perchè bastasse a conseguire il dippiù de' beni coll' azione suppletoria da esso rattrovata, come che bene avvertano i dotti in ciò *Triboniano* non aver fatto da Giureconsulto, innovando l' antico dritto senza profitto de' legittimarj, se prima conseguivano lo stesso col legato, o col fedecommesso, e l' istituzione in certa cosa vale quanto un legato, un fedecommesso, e niente dippiù (1). *Jam vero*, è l' acutissimo Arnoldo Vinnio, che dietro la glossa di *Accursio* così ragiona, *si nihil refert, legatum alicui detur, an in re certa heres instituatur addito vero herede, nec magis hoc*

(1) *L. 13. de hered. inst. §. si quis de fideic. hered.*

hoc, quam illo modo fiat, ut heres ſit, falſus Juſtinianus fuit exiſtimans, injuriam præteritionis aut exheredationis tolli, ſi modo heres quis nuncupetur vel ex re certa, vel ſimpliciter & certis rebus deductis, rogetur hereditatem reſtituere. Nam ſi heres non ſit, ſi nihil amplius ea res efficit, quam ſi legatum accepiſſet, certe pro præterito habendus erit, quomodo ratiocinatur gloſſa in l. ſi quis priore 29. ad Trebell. Ex quo ſequitur inane eſſe, ſine re atque effectu, quod jactatur de honorifico titulo inſtitutionis (1).

Della

(1) *Vinnius ad §. 6. inſt. in fin. de inoff. teſt.*

Della clauſola codicillare.

POtrebbe ciò baſtare per aver dimoſtrata la validità del teſtamento di *D. Gaetano Canò* al meno riſpetto a' legati, e fedecommeſſi, ſe la madre vi foſſe ſtata preterita, quando ch' eſſa nè fu preterita, e fu d' un legato vitalizio provedùta, e del titolo di erede onorata da quel figlio, che nel peculio quaſi caſtrenſe non ne aveva obbligo. Ma a dimoſtrare vieppiù la temerità di coloro, che a' beni di *D. Gaetano Canò* agognano per diſſiparli ad un punto, e non conſervarli a loro ſteſſi, ed alla loro poſterità, tutto ciò vogliam non detto, reſtando ſolamente quello che venghiamo a dire della *clauſola codicillare*, e delle altre clauſole, che nel di lui teſtamento ſi leggono.

A tempi di *Scevola*, il Giur. più addetto alle formole, ed alle ſolennità del dritto, un teſtatore aveva il ſuo teſtamento ſecondo i principj della ſua ragione ſcritto, ed aveva ſoggiunto: *Lucius Titius hoc meum teſtamentum ſcripſi ſine ullo Juriſperito, rationem animi mei potius ſecutus, quam nimiam, & miſeram diligentiam, & ſi minus aliquid legitime minuſve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas.* Tanti difetti erano nel teſtamento di quel buon uomo, che *Scevola* lo dichiarò nullo; ma volle che tutta tutta la ſua volontà ſi ſalvaſſe, ed aveſſe la ſua eſecu-

zione da coloro che *contra tabulas* avevano il poſſeſſo de' di lui beni. *Quæſitum eſt, inteſtati ejus bonorum poſſeſſione petita, in portiones adſcriptæ ei cauſa fideicommiſſi peti poſſint. Reſpondi, ſecundum ea quæ proponerentur, poſſe* (1). La gloſſa ne dà la ragione: *ſi non valet jure teſtamenti, valeat jure codicillorum.*

Perciò anche il noſtro teſtatore, che nella ſua ſemplicità aveva un pò di ſale in zucca, e no'l ſapendo fare, voleva ſcrivere un teſtamento che valeſſe, e foſſe al ſicuro da ogni attacco de' ſuoi famelici congiunti, ne domandò bene il Notajo, il quale eſſendo anch' eſſo ſemplice, ed ignorando l' imbarazzo che portar poteva quel *ſubſtituto*, *& non inſtituto*, che aveva biſogno dell' ajuto di qualche Giureconſulto, lo conſigliò a riparar in queſto modo, che ſarebbe ſtata certamente la ſua volontà al coverto da ogni calunnia, e li fece ſcrivere: *Ho riſoluto fare il preſente mio ultimo teſtamento quale voglio che valga per tale, e ſe per tale non valeſſe, voglio che valga come teſtamento nuncupativo, CODICILLO, donazione cauſa mortis, ed in ogn' altra miglior maniera che dalle leggi mi vien permeſſo, intendendo apponere, e che ſi abbia anzi per appoſta*

LA

(1) *L. Lucius Titius* 88. §. *Lucius Titius* 17. *D. de legat., & fideicom.* 11.

LA CLAUSOLA CODICILLARE, e tutte quelle clauſole, cautele, e condizioni, che potrebbero giovare per la validità del preſente teſtamento, ed ultima volontà, che voglio ſi abbia ad oſſervare con eſattezza, ed appuntino, giuſta la ſua ſerie continenza e tenore.

Quello che fu fatto per una cautela del teſtatore, pare fatto per dar la burla a coloro, che avendo trovato *laſcio*, e *ſoſtituiſco*, e non *iſtituiſco*, ſi avevan creduto di aver la preda in mano, e vi trovan vento. Ma tanto adunque è il valore di quelle magiche parole? Certo che sì! Quelle parole, come nel teſtamento di quel buon uomo di *Scevola*, ſanano ogni diſpoſizione, ove ſia certo della volontà del diſponente. Anche il vizio della preterizione? Certiſſimo!

I Codicilli, de' quali fè uſo *Lucio Lentulo*, dall' *Africa* raccomandando ad *Auguſto* l' adempimento della ſua non ſolenne volontà, a' conſiglio de' Savj, e ſpecialmente di *Trebazio*, furon trovati di grande utilità: *utiliſſimum, & neceſſarium hoc civibus eſſe, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuiſſent, uti ſi quis teſtamentum facere non poſſet, tamen codicillos poſſet* (1). Co' codicilli chiunque ſia l' erede legitti-

 mo,

(1) *Prin. inſt. de Codicill.*

mo, o onorario preſtar deve i legati, ed i fedecommeſſi in eſſi laſciati: *Si quis, cum teſtamentum nullum habebat, codicillis fideicommiſſa hoc modo dedit: quisquis mihi heres erit, bonorumve poſſeſſor, ejus fidei committo: fideicommiſſa præſtari debent: quia paterfamilias, qui teſtamenti factionem habet, & codicillos faceret, perinde haberi debet, ac ſi omnes heredes ejus eſſent, ad quos legitima ejus hereditas, vel bonorum poſſeſſio perventura eſſet. Sed & ſi poſt codicillos factos natus quis eſſet proximus adgnatus, vel ſuus heres, fideicommiſſum præſtare debebit: intelligitur enim is quoque heres ſcriptus: & ideo non perinde habendus eſt, ac ſi rupiſſet hos codicillos* (1).

Nè è nuovo ne' libri della legge, che poſſa gravarſi l'erede inteſtato di legati, e fedecommeſſi, e che queſto co' codicilli poſſa farſi. Ne abbiamo l'eſempio nella ſteſſa l. di *Scevola Lucius Titius* 88. §. *filiam* 9. *D. de legat.* 2.: *Filiam ex aſſe inſtituit heredem, eique ſubſtituit nepotem ſuum, & ita cavit, ſi, quod abominor, neque filia mea, neque nepos meus, heredes mihi erunt, tunc portionem meam partis dimidiæ fundi illius ad libertos meos pervenire volo: Quæritur cum ante teſtatorem & filia, & nepos deceſſerunt, & inteſtati bona pertinue-*

(1) *L.* 3. *l.* 8. *pr.* & §. 1. *l. ab inteſtato* 16. *de codicillis.*

nuerunt ad pronepotem ejus: an fideicommiſſum ad libertos pertineret? Reſpondi ſecundum ea, quæ proponerentur, ſi nullus alius heres inſtitutus, ſubſtitutuſque eſſet, quam filia, & nepos, videri legitimorum fideicommiſſum eſſe, ut præſtarent. La qual legge comentando Cujacio (1) ſcriſſe: *Hoc vero caſu neque filia, neque nepotes ex ſupradicto teſtamento herede exiſtente, uſque ita re reducta ad cauſam inteſtati, recte ſtatuit Scævola, libertis fundi fideicommiſſum deberi ab inteſtato a legitimis heredibus.*

L'Imperator *Giuſtiniano* nelle iſtituzioni *de fideicom. heredit.* §. *præterea* 10. ne fa una regola che vuol inſegnata a' tironi del dritto: *Inteſtatus quoque moriturus, poteſt rogare eum, ad quem bona ſua, vel legitimo jure, vel honorario pertinere intelligit, ut hereditatem SUAM TOTAM, partemve ejus, aut rem aliquam veluti fundum, hominem, pecuniam alicui reſtituat.* Qual luogo comenta il *Vinnio*: *Codicillis poteſt quidem & ab herede teſtamentario relinqui l. 3. §. 2. l. 8. pr. eodem Ulp. tit. 25. §. 9. Cæterum poteſt & ab eo, qui ab inteſtato venturus eſt, ſive legitimus ſit, ſive honorarius ſucceſſor d. l. 3. pr. d. l. 8. §. 1. Unde quamvis de inſtituto tantum herede ſenatus loquatur d. l. §. 2. h. t. tamen.*

(1)

men ad legitimum quoque & honorarium per interpetrationem conſultum ſenatus extenſum eſt d. l. t. §. 5. & §. 7. l. 6. §. 1. eodem.

Quindi colui, che voglia la ſua volontà eſeguita, e tema delle formalità del teſtamento, ordina, che ſe il ſuo teſtamento non valeſſe, vaglia come codicillo, come era in uſo di farſi a tempi di *Ulpiano*, e meritò tal coſtumanza la di lui approvazione: *Quemadmodum plerique pagani ſolent, cum teſtamenta faciunt, per ſcripturam adiicere, velle hoc etiam vice codicillorum valere: quiſnam dixerit, ſi imperfectum ſit teſtamentum, codicillos non eſſe* (1)? Anzi più: Vale per codicillo il teſtamento, ancorchè ciò eſpreſſamente non ſia detto, ma il teſtatore abbia voluto, che il ſuo teſtamento valeſſe nella miglior maniera che valer poteſſe. Un eſempio ne abbiamo già dato da *Scevola*, e tra mille altri ne vogliam torre un altro da *Paolo*. Un teſtatore detto aveva: *hoc teſtamentum volo eſſe ratum quacumque ratione poterit*: riſpoſe: *videri eum voluiſſe omnimodo valere ea, quæ reliquit, etiamſi inteſtatus deceſſiſſet* (2). La gloſſa di Accurſio aveva ſcritto al reſponſo di *Scevola*: *ſi non valet jure teſtamenti, valet jure codicillorum*; il comento di *Gotofredo* a queſto di *Paolo*, ed alla *l.* 8. §. 1.

(1) *L.* 31. *D. de teſtam. militari.*
(2) *L.* 29. *qui teſtam. facer. poſſ.*

§. 1. *de codicill.* dice: *formulam clauſulæ codicillaris.* Anzi perchè ogn'uomo che fa coſa non vuol che ſi abbia per nullamente fatta, e ne' teſtamenti tanta è la cura della legge, che ſi conſervi la ultima volontà degli uomini, che i ſapienti han creduto la clauſola codicillare doverſi in ogni teſtamento intendere ancorchè non ſcritta, nè altro detto foſſe che ad eſſa equivaleſſe (1).

Dunque la clauſola codicillare ſana ogni vizio del teſtamento, e ſoſtiene la volontà de' defunti in ogni ſua parte, e ſpecialmente ſana il vizio della preterizione che annullaſſe il teſtamento, facendo sì che l'erede inteſtato, ritenendo la *Trebellianica*, o la *legittima*, ſe foſſe tra coloro cui è dovuta, reſtituiſca il dippiù come per fedecommeſſo. *Ulrica Uberà* così ne ragiona: *teſtamenta præteritione nulla, aut exheredatione iniqua, ſed hac clauſula munita, heredem ab inteſtato obligare, quo ſcriptis hereditatem reſtituat jure fideicommiſſi. Quando enim teſtator dicit, ſi hæc diſpoſitio non valet jure teſtamenti, valeat jure codicillorum, aut quacum-*

(1) *Mantic. de conject. ult. vol. lib.* 1. *tit.* 9. & 19. *Gail.* 2. *obſ.* 114. *Chiffes. lib.* 3. *de jurfiedic. Decher. lib.* 1. *diſſert.* 8. *Chriſtin. vol.* 4. *dec.* 32. *Ant. Fab. C. de Codicill.*

cumque ratione poterit, idem esse videtur, ac si diceret, si institutio non est valida eo modo, quo nunc ordinata est, volo ut effectum habeat quocumque meliori modo a me disponi potuisset; adeout si necesse sit, filium (vel MATREM) heredem fieri, velim tamen ut bona mea restituat ei, quem scripsi heredem, idque usus fori comprobavit.

Struvio, disprezzando la distinzione di alcuni per la formola della clausola codicillare, che *de tempore præsenti* adoperata sani i difetti, che possono incontrarsi nel testamento in tempo della morte del testatore, ed adoperata al tempo futuro sani i difetti che sopravvengano, come la preterizione del postumo ignoto al testatore in tempo che ordinava il suo testamento, scrive così: *Exprimitur clausola codicillaris per verba quælibet, quibus significatur ejus testatoris voluntas, quod velit qualibet ratione valere ultimam voluntatem. Neque quicquam interesse existimamus, sive concepta sit per verba præsentis v. g. si non valet jure testamenti, valeat jure codicillorum; sive per verba futuri temporis: si non valebit jure testamenti, valebit jure codicillorum... Hinc primo sustinetur per clausulam ultima voluntas si solemnia testamenti haud fuere observata... Secundo si circa institutionem hæredis fuerit defectus, UT SI EA PLANE SIT OMISSA, & solum*

ſolum legata relinquantur: SI FILIUS PRÆTERITUS, vel non legitime exheredatus: ſi teſtamentum rumpatur per nativitatem poſthumi, non inſtituti heredis. Cenſetur enim teſtator hac clauſola eum rogaſſe, ut ſi naſcitur, & teſtamentum rumpat, adeoque ab inteſtato heres exiſtat, hereditatem reſtituat ex fideicommiſſo ſalva tamen legitima (1).

Anton Fabro nel libro degli errori de' prammatici riprova anch'eſſo la diſtinzione della clauſola codicillare *cum verbis de præſenti, & de futuro*, e la preterizione del poſtumo *ſcienter, vel ignoranter facta*, e ſoſtiene acremente che la clauſola codicillare ſempre, ed in ogni evento ſoſtenga il teſtamento: *Verius igitur eſt, quod nos volumus clauſulam codicillarem quibuſcumque verbis conceptam non minus afficere poſthumum ſive ſcienter, ſive ignoranter præteritum, quam alium quemlibet inteſtati ſucceſſorem, ſive filius ſive extraneus teſtamento heres ſcriptus ſit, qui tanquam ex fideicommiſſo hereditatem ſibi ab inteſtato reſtitui poſtulat* (2). Ma nel Codice adottò co' prammatici la diſtinzione della clauſola codicillare *cum verbis de præſenti*, &

(1) *Struv. exercit.* 34. §. 53. *ad* 56.
(2) *Faber. de error. pragm. decad.* 20. *error.* 7. *n.* 9.

& de futuro riſpetto al poſtumo (1); in ogn' altro caſo tanto ebbe per vero di reſtar fermi i teſtamenti per la *preterizione*, che nella *defin.* 9. ſcrive: *Clauſula enim codicillaris ſicut legata, & fideicommiſſa ſingularia conſervat jure ſucceſſionis inteſtati, tanquam a legitimo quolibet ſucceſſore repetita, ita & fideicommiſſum univerſale, ſi quod eſt relictum teſtamento. Quidni vero, cum ex teſtamento conſervetur, quamvis inutili, aut rupto? Nimirum propter Novell. Juſtiniani legem, quæ induxit, ut ex cauſa præteritionis, vel exheredationis rupto, vel irrito facto teſtamento ſola inſtitutio corruat, cætera vero firma remaneant univerſa. Sane quo caſu conſervantur ex teſtamento legata, & fideicommiſſa, tam ſingularia, quam univerſalia per Juſtiniani conſtitutionem, evenit procul dubio, ut prorſus inutilis ſit clauſola codicillaris ad inducendam ab inteſtato tacitam repetitionem legatorum, quoniam ceſſat cauſa inteſtati quandin teſtati locus eſt.*

Samuel Strikio nella *XVIII. diſputazione num.* 79. laſciò pure ſcritto: *Si pater filium in teſtamento præterierit, ſubjecta tamen teſtamento clauſula codicillaris, an hæc clauſula effectum habeat, non obſtante præteritione? Et puto hoc affirmandum. Quia enim clauſula codicillaris eſt mera teſtatoris vo-*

(1) *Faber. defin.* 4. & 5. *de codicillis.*

voluntatem continet, dum velit tale teſtamentum eſſe ratum quacumque ratione poterit, quod ut fiat, etiam ab inteſtato ſuam voluntatem implere voluiſſe cenſetur. Et quamvis hoc rigidum videatur, quia tamen partim in favorem ultimarum voluntatum hoc receptum, ne facile ſubvertentur: partim, quia ita filius præteritus non læditur, cum ille ab inteſtato ſuam portionem capiat, & rogatus ſaltem cenſeatur, ut id, quod ſupereſt, hæredibus ſcriptis reſtituat; hinc hæc ſententia a Doctoribus communiter approbata.

Dionigi Gotefredo, comentando l' *Aut. ex cauſa* nel titolo del C. *de liber. præter.*, ſcrive: *Quid ſi teſtamento præteritionis cauſa rupto clauſula codicillaris dicta eſt? . . . Et teſtamentum nullum eſt ob præteritionem filii jam nati, vel poſthumi? Bartolus in dic. l. l. ita diſtinguit, clauſulam codicillarem vim & effectum fideicommiſſi ſortiri, ſi de poſthumo teſtator cogitaverit; ſecus ſi nihil cogitaverit. Verum, Dinus, Baldus, Paulus, Ludovicus verba teſtamenti inſpicienda exiſtimant; ut ſi teſtator dixerit ſimpliciter tempore inſtanti, ſi non valet teſtamentum, rumpatur teſtamentum agnatione poſthumi, nihil quidquam præſtet ſuperior clauſula; ſecus ſi ita dixerit in futuro, ſi non valet, aut valebit jure teſtamenti, valeat jure codicillorum. Et hanc communem eſſe opinionem ex ipſo Bartulo, Angelo, Saliceto*

liceto, *Imola*, *Raphaele*, *Fulgoſio*, *Caſtrenſi*, *refert Capella Toloſana*.

Ma dove vogliamo andar oltre? Se alcuno aveſſe tempo, olio, e carta molta, ſarebbe queſto il più vaſto argomento da divagarſi traſcrivendo quante autorità voleſſe di ogni genere di ſcrittori. Si vegga il *Menochio* (1), il *Cancerio* (2), il *Claro* (3), *Gio: Franceſco Martiano* (4), il dotto *Peregrino*, che ſi eſprime *& ſic totus mundus obſervat* (5), il *Mantica* (6), il *Teſauro* (7), il *Merlino* (8), e mille altri, ognun de' quali ne cita ſeicento fino al *Sorge* ultimo raccoglitore delle coſe noſtre forenſi, il quale nella ſua giuriſprudenza al titolo *de codicillis, & clauſula codicillari* laſciò ſcritto: *Virtus clauſulæ codicillaris ad ſalvandum teſtamentum nullum vitio præteritionis probatiſſima eſt, & re-*

cepta

---

(1) *Menoch. lib. IV. præſumpt.* 32., *& conſ.* 498.
(2) *Cancer. reſolut. cap. IV.*
(3) *Clar. §. teſtam. qu.* 46.
(4) *Marcian. diſputat.* 66.
(5) *Peregrin. de fideicom. art.* 2. *n.* 16., *&* 17.
(6) *Mantic. de conjecturis lib.* 6. *tit.* 4. *n.* 16.
(7) *Theſaur. qu. forenſ. lib.* 4. *qu.* 58. *n.* 5., *& deciſ.* 141.
(8) *Merlin. de legitim. lib.* 5. *tit.* 2. *qu.* 4.

cepta, itaut filius præteritus cenſeatur rogatus reſtituere heredi ſcripto . . . & in judicando ab hac concluſione non debet recedi. Sicque etiam poſtea fuit per S. C. junctis aulis deciſum in cauſa Ducis Nuceriæ cum Principe Squillacii referente Conſiliario Conſtantio. Altra deciſione recente rapporta nelle enucleazioni forenſi *tom.7. cap.2. n.* 13., e tra le antiche può riſcontrarſi la *dec.*156. del Preſidente de *Franchis*, la *deciſ.* 344. del *Sanfelice*, la *deciſ.*125. di *Affliſto*. Oltre a che il noſtro *Carlantonio de Roſa* nella ſua dotta prattica *cap.* 14. *n.* 167. ne fa un punto di diſciplina, e rapporta la formola del decreto da uſarſi in tal rincontro.

In ſomma neſſuno ha dubitato mai, che la clauſola codicillare per la preterizione anche del figlio faccia, che rotto il teſtamento, ſuccedendo il figlio preterito, poſſa ritener più della legittima, e 'l reſtante dell'eredità reſtituir debba a' legatarj, e fedecommeſſarj ſcritti nel teſtamento. Si è diſcettato tra gl'interpetri, ed i prammatici, ſe la clauſola codicillare appoſta con voci dinotanti il tempo preſente poſſa ſanare il vizio che ſovravvenga; e ſe valendo a ſoſtenere la volontà del diſponente anche *ab inteſtato*, poſſa ſalvare quel teſtamento che ſi rompa o per un figlio preterito, che il teſtatore credeva morto, o per un poſtumo ignorato, che ſe ſa-

puto aveſſe il primo eſſer vivo, il ſecondo dover naſcere forſe diverſamente diſpoſto averebbe. Ciò che ha diviſo in contrarj partiti gl' interpetri, ed i prammatici fu diſcettato non ha guari tra migliori ingegni del noſtro Foro, promoſſi alla più alta Maggiſtratura, ed anche a' gradi ſopra di eſſa, nella cauſa della preterizione del poſtumo *Martingano*. Ma il S. C. ſecondo la ſentenza più comune credette, che baſtaſſe la clauſola codicillare comunque ſcritta nella ſcienza, o ignoranza del poſtumo preterito a ſalvare il teſtamento.

CA:

CAPO II.

Quanta ſia la legittima della Madre ne'beni del figliuolo .

PEr queſt' ultimo eſame c'imbattiamo in un' antica controverſia agitata tra *Bartolo*, e *Butrigario*, che ha ſciſſi fino a noi i ſentimenti de' dottori, ſoſtenendo il primo nel comento alla *l. pater filium de inoff. teſtam.* eſſer la legittima dovuta alla madre *tertiam illius portionis quam habuiſſet ab inteſtato*, ſoſtenendo il ſecondo *eſſe trientem totius hereditatis ;* la quale controverſia nè dal numero, nè dall' autorità de'ſcrittori volendo noi deciſa , la riportiamo a' principj , ed a definizioni ſecondo che ſcriſſe colui : *Methodus qua incipitur a definitionibus , & excluſione æquivoci propria eorum eſt , qui locum contra diſputandi non relinquunt.*

Incominciamo adunque dalle definizioni. *Quid eſt legitima?* Riſponde nel leſſico giuridico *Giovanni Calvino: Legitima eſt quarta portionis ab inteſtato debitæ.* Così nelle leggi trovaſi definita (1), così tutti gl'in-

(1) *L. cum quæritur*, *l. parentibus*, *l. quæ nuper C. de inoff. teſtam.*, *l. Papinianus* §. 6. & 8. *ff. eodem*, *l.* 8. §. 6. *ff. de inoff. teſtam.*

terpetri convengono, che la legitima per antico dritto foſſe la quarta della porzione, che a' figliuoli ſpettava *ab inteſtato* (1), e che l' Imp. *Giuſtiniano* colla *Novell.* 18. accrebbe, ed ordinò; *ſi quidem unus eſt filii pater aut mater, aut duorum, vel trium, vel quatuor, non triuncium eis relinqui ſolum, ſed etiam tertiam propriæ ſubſtantiæ partem, hoc eſt, uncias quatuor; & hanc eſſe definitam menſuram uſque ad prædictum numerum. Si vero ultra quatuor habuerint filios mediam eis totius ſubſtantiæ relinqui partem, ut ſexuncium ſit omnino quod relinquitur, quod debetur ſingulis ex æquo quadriuncium, vel ſexuncium dividendo.*

Non v' à chi aveſſe dubitato, che come per dritto antico la legittima era la quarta parte di ciò che al figlio ſpettava *ab inteſtato*, per dritto nuovo ſecondo il numero de' figli foſſe la terza parte, o la metà dell' iſteſſa ſucceſſione: *Nam quid aliud obſecro eſt legitima*, ſcrive il Fabro (2), *niſi portio olim quarta*,

(1) *Faber de error. pragm. dec.* 15. *error.* 4. *n.* 7., *Donell. lib.* 19. *cap.*4. *n.*19., *Voet de inoff. teſt. num.* 44., *Cujac. ad l.* 8. §. *quoniam D. de inoff. teſtam.*, *Brunnem. ad d. l.*, *Noodt de inoff. teſtam.*, *Gudelin. de jur. noviſſ.*, *Sthefan. commen. in Novell.* 18. *n.*14., *Fachin. lib.*4. *contr. cap.*29.

(2) *Faber de error. prag. dec.* 15. *err.* 10.

ta, hodie triens, vel semis hereditatis ab intestato contingentis. Così dice la *Gl.* all' *auth. Novissima C. de inoff. testam. Triens id est tertia pars ejus, quod fuerint habituri ab intestato. Semis ideſt dimidium ejus, quod ab intestato fuerunt habituri*. E così il dottissimo Vinnio (1) : *Jure novissimo ex Novell.* 18. *si unus sit filius, is tertiam totorum habere debet, id est uncias quatuor, si duo singulis uncias duas, & ita deinceps, UT VIRILIS SINGULORUM PORTIO SIT TRIENS ILLIUS PARTIS, QUÆ AB INTESTATO LATURI FUERUNT. Si vero plures sint liberi, quam quatuor, semis omnibus relinquendus, IDEST DIMIDIAM EJUS PARTIS, QUÆ JURE LEGITIMÆ SUCCESSIONIS DEBETUR, QUAM SI VERBI CAUSA SEX ERUNT LIBERI, LEGITIMA SINGULORUM ERIT UNCIA*. Così il *Peregrino* (2), così il *Fachineo* (3), così il *Gudelino: legitimam intellige trientem vel semissem ejus, quod perventurum fuisset ab intestato* (4), così il *Brunnemanno: legitima hodie triens est debitæ portio-*

(1) *Vinn. ad §. ult. inst. de inoff. testament. n.* 5. *in fin.*

(2) *Peregr. de fideicom. art.* 36. *n.* 2.

(3) *Fachin. lib.* 4. *controv. cap.* 29.

(4) *Gudelin. de jur. novissim. lib.* 2. *cap.* 7, *n.* 8.

nis (1), e così per la legittima dovuta alla madre, ſcrive il de *Franchis: legitima matris olim erat quarta, nunc eſt tertia ejus, quod habitura eſſet ab inteſtato.*

L' Imper. *Giuſtiniano* volle accreſcere la legittima a' ſoli figliuoli, e le ragioni, che ne addita dell'accreſcimento ad eſſi ſoli convengono, ciò non oſtante fu dubitato ſe queſt' aumento di legittima, aveſſe luogo negli aſcendenti. *Aleſsandro*, *Giaſone*, *Fulgoſio* furon negativi, il sentimento de' quali ſiegue il dottiſſimo *Vinnio*, che ſcrive: *quod augmentum etiam ad parentum legitimam RATIONE TRIENTIS*, ſi avverte che il dubbio ſi riduce al ſolo aumento del triente non mai della metà, *pertinere ſtatuunt communiter DD. hic & in auth. noviſſima C. h. t. . . . nonnulli etiam ad fratres totum incrementum proportionaliter porrigunt*, *quos ſequitur Facbineus 4. controv. 28.*, *quamquam neutrum horum aut inſcriptioni tituli, aut præfationi Conſtitutionis, aut rationi conſtituentis mentive convenit; neque temere admittenda videtur extentio, cum utique major ſit ratio liberorum. Neque vero verbis generalibus, quibus claudiur cap. 1. d. Novell. 18. comprehenduntur parentes, fratres, ſed diverſæ liberorum perſonæ deſignantur*

(1) *Brunnem. ad l. quamquam C. ad l. Falcidia.*

rur, videlicet filii, nepotes, pronepotes, poſthumi omnes, tum in paterna, tum in materna linea, adeoque in hac etiam liberi naturales, uti titulus aperte ſignificat, & bene obſervavit Vaudus lib. 1. var. quaſt. 50. Uſus tamen augumentum, admiſit in PARENTIBUS.

Ne' genitori l' uſo ha ammeſſo l' aumento della legittima, poichè per i fratelli, accetto il ſolo *Facchineo*, diſconvengono tutti quanti ſono gl' interpetri, che lungamente rapportano il *Merlino* nel ſuo particolar trattato *de legitima lib. 1. tit. 3. qu. 5.*, *Gioacchino Stefano* nel comento alla *Novell. 18.*, e'l *Ritterſuſio p. 6. cap. 5. n. 11.* Ma ne' parenti l'uſo iſteſso non ha ammeſſo aumento dippiù della terza porzione dell'eredità. *Sic quoque*, ſcrive *Mattia Stefano* (1), *aucta eſt legitima in parentum perſona ut ſit hodie triens, cum olim eſſet quadrans. SEMIS NUNQUAM eſſe poteſt, quia plures quam duos parentes quis habere nequit auth. noviſſima ubi Sichard. n. 12. & ſeq. C. de inoff. teſtam.*: e'l *Merlino*, avverte anch'eſſo: *Declaratur tamen, ut quamvis aucta ſit ad trientem, non tamen ad ſemiſſem Craſſ. §. legitima qu. 9., Salic. in auth. noviſſima col. 2. in 3. qu. 8. ubi Bald. qu. 8. 9. C. de inoff. teſtamento. Crav. conſ. 110. n. 3. in fin., Mangil. p. 8. n. 3.*

(1) *Matth. Stephan. in comment. ad Novell. 18. n. 7.*

Poſte queſte definizioni , e queſti principj ricevuti di dritto , è facile entrare nella diſputa di *Bartolo* , e *Butrigario* . Diceva quel valentuomo , la legittima della madre eſſer la terza parte di ciò che avrebbe avuto *ab inteſtato* dalla ſucceſſione del figliuolo. Quindi venendo ſola la prende tutta, venendo col padre la divide , venendo co' fratelli del defunto ne prende la terza porzione di ciò che averebbe conſeguito nell' eredità inteſtata . *Butrigario* all'oppoſto ſoſteneva, che foſſe ſempre la legitima degli aſcendenti la terza porzione dell' eredità del figliuolo. *Bartolo* riſpondeva da ciò naſcere il grande aſſurdo , che la ligittima di uno degli aſcendenti uguagliaſſe ſempre quella che ſpetterebbe ad un ſolo figlio e foſſe maggiore di quella di più figliuoli , che concorrendo un' aſcendente con quattro , cinque , dieci fratelli del defunto all' eredità inteſtata aveſſe la quinta, la ſeſta, l'undecima porzione, venendo poi *contra tabulas* del figlio, ch' eſcluſo l' aveva, ne aveſſe la terza porzione: *Quis autem unquam audit*, eſclama con *Bartolo* il Fabro (1) *ampliorem deberi legitimam , quam hereditariam portionem? Nam ſi ita eſſet eveniret ſane , ut imputandum eſſet patri familias, cur inteſtatus non deceſſiſſet. Quod quam abſurdum ſit nemo non videt l. poſthumus 6. D. de inoff. teſtam.* Co-

(1) *Faber de error. prag. dec. 13. err. 4. n. 8.*

Colui che fa testamento, non vuol che succeda l'erede legittimo (1), non che abbia più di quello che li spetterebbe *ab intestato*. E questo mostro, che avverrebbe ne' figliuoli verso i loro genitori, che volendo lasciarli il meno dovessero morir intestati, non avverrebbe mai ne' genitori, che morendo intestati lasciarebbero ad essi la virile, la quale col testamento possan ridurre al terzo, o alla mettà. Ma sentiamo le ragioni di *Bartolo*, e quelle che in contrario *Butrigario* allegava, e sentiamle dal Presidente de *Franchis*, che le rapporta nella *decis. 63.*, per meglio decidere chi di essi dica il vero: *Jacobus Butrigarius in ejus disputatione, de qua meminit Bartolus in l. pater filium D. de inoff. testam. tenuit, MATRE IN RE CERTA INSTITUTA*, si avverta al caso che venne in controversia, *HEREDE INSTITUTO EXTRANEO, legitimam matris esse tertiam totius. Movetur quatuor rationibus. QUIA FRATRES SUNT EXCLUSI PENITUS, NEC HABENT SPEM SUCCEDENDI, & sicut in querela inofficiosi testamenti, portio exclusi accrescit ei, qui admittitur l. qui repudiantis D. de inoff. testam., sic in jure aitgendi ad supplementum legitimæ, quod succeduloco ipsius. Secundo ex regula generali, quod portio deficiens accrescit illis, qui pariter admittun-*

(1) *Josephi Averani interpet. jur. lib. 4. cap. 1.*

tur l. 1. C. quand. non peten. part.: Tertio per textum in d. l. pater filium, ubi liberi qui non ſuccedunt, habentur tanquam non exiſtentes. Quarto & ultimo per text. in §. ſed noſtra inſt. de ſucceſſ. liberor. Il ſentimento di *Butrigario* non è contrario alla noſtra cauſa, come quello che in ogni argomento è ſoſtenuto dalla totale eſcluſione de' fratelli, le di cui porzioni vuol che accreſcano alla madre. Sentiamo ora quello di *Bartolo.*

Contrariam opinionem tenet Bartolus in d.l. pater filium his potiſſimum rationibus, & primo dicit, quod non poteſt negari, nec negatur, quod mater jure ſuo non poteſt petere niſi tertiam tertiæ, (perchè nell'eredità inteſtata nel caſo di quella controverſia concorreva con due fratelli del defunto figlio) *ſi quid petit ultra, petit jure accreſcendi, ut patet in l. qui repudiantis, quam allegat Butrigarius; ſed inter conjunctos conjunctione legali, non datur jus accreſcendi, niſi in univerſo, & legitima eſt. quota bonorum, non hereditatis*, coſa da noi avvertita, *ergo non datur jus accreſcendi. Secundo probat hic: inter eos, qui diverſo jure ſuccedunt tam a lege, quam a teſtatore non eſt locus juri accreſcendi, ut in l. ſed cum patrono D. de bonor. poſſeſſ., ſed matri defertur legitima pro tertia parte per autb. de trient. & ſemiſſ., fratribus vero per jura vetera & nova quarta non ſit auſta*, come pure abbiam di moſtrato, *ergo inter*

eos

eos non eſt locus juri accreſcendi per prædicta. Sed videndæ ſunt infraſcriptæ aliæ rationes ejuſdem Bartoli, quas ponit ante opinionem Jacob. Butrigarii, & ſunt videlicet prima. Legitima matris olim erat quarta, nunc eſt tertia ejus quod habitura eſſet ab inteſtato, ſed ab inteſtato habitura eſſet tertia, ergo legitima eſſet TERTIA *tertiæ. Secunda: non debet eſſe melioris conditionis veniens contra teſtamentum, quam veniens ſecundum teſtamentum l. Titia D. ad l. Falcid., l. maximum vitium C. de liber. præt. Sed legitima matris venientis ſecundum teſtamentum eſſet tertia tertiæ, ſi nunc veniret contra teſtamentum eſſet tertia totius, quod eſſe non debet. Tertia & ultima ratio ſecundum Bartolum: portio deficiens accreſcit aliis, quando de ea non eſt a lege, vel a teſtatore proviſum, & ideo dicitur, quod ſubſtitutus præfertur conjuncto l. 1. §. in primo de caduc. tollen., ſed in caſu noſtro in portione deficiente eſt proviſum alteri, ergo non debet accreſcere matri.*

Il ſentimento di *Bartolo* fu ſeguito da *Paolo di Caſtro* (1), dal *Corneo*, che molti ne allega (2), da *Giaſone* (3) da *Ancarano* che lo

(1) *Caſtr. in l. plane §. ſi duobus de legat. 1.*
(2) *Corn. conſ. 150.*
(3) *Jaſon. conſ. 6. lib. 8.*

lo chiama opinione comune (1), da *Fachineo* (2) da *Sicardi* (3), da *Mattia Stefano* (4) e da tanti, che lungo sarebbe il numerare, non che rapportare. E poichè a noi non nuoce il sentimento di *Butrigario*, ci contentiamo di avvalorare quello di *Bartolo* coll' autorità del solo dottissimo *Fabro* (5). *Una igitur illa me ratio movet, ut pro Bartolo contra interpetres sentiam, quæ tota pendet ex certissimo juris principio, qua legitima nihil aliud est, ut jam toties diximus, quam certa, statutaque portio partis hereditariæ ab intestato contingentis d. l. quoniam in prioribus. Atqui mater succedens cum duobus fratribus utrinque conjunctis non totam hereditatem obtineret ab intestato, sed æqualem dumtaxat cum fratribus portionem, ideſt trientem auth. defuncto C. ad Senatusc. Tertullian. Non igitur trientem totius hereditatis pro legitima habere debet, sed trientem trientis dumtaxat. Nec quod fratribus legitima nulla debetur ad*

(1) *Ancbar. conſ.* 428.
(2) *Fachin. lib.* 4. *contr. cap.* 29.
(3) *Sichard. ad auth. noviſſima n.* 12. *&* 15. *C. de inoff. teſtam.*
(4) *Matth. Stepb. ad novell.* 18.
(5) *Faber de error. pragm. dec.* 16. *error.* 4. *n.* 8.

ad rem facit, quoniam in ponenda legitimæ ratione, non qui in legitimæ petitione concurrant, nec ne inſpiciendum eſt, ſed quis in ſucceſſione inteſtati concurſus eſſet, ſi ab inteſtato ſuccederetur. Proinde qui ad partem hereditatis legitimæ admitterentur, haud dubie faciunt partem in computatione legitimæ, licet ad nullam legitimæ partem admittantur, nec admitti ſperentur. Idque ita eſſe in propoſita quæſtione evidentiſſima ratione convincitur. Alioquì enim ſequeretur, ſi tres fratres eſſent, futurum eſſe, ut plus haberet mater pro legitima, quam pleniſſime ab inteſtato ſucceſſionis iure eſſet habitura. Haberet namque tertiam partem totius hereditatis, cujus tamen non niſi quartam ab inteſtato conſequi poſſet. Quis autem unquam audiit, ampliorem deberi legitimam, quam hereditariam portionem. Così anche nel caſo noſtro avverrebbe, che ſuccedendo *ab inteſtato* la madre inſiem con un fratello, e tre ſorelle del defunto figlio, avrebbe la quinta porzione, ed impugnando il teſtamento per la ſola legittima ne averebbe la terza porzione: *quis autem unquam audiit ampliorem deberi legitimam, quam hereditariam portionem?*

Ma il ſentimento di *Bartolo* fu ſeguito dal noſtro S. C., e dalla diſcettazione del foro non ſolamente ſe n'è fatto un *jus receptum*, *recepta ſententia*, ma un' eſpreſſa legge. A tempi del *de Fran-*

Franchis, che ne compilò la *decis.* 63., fu tanto discusso quest' articolo sull' esame delle opinioni di *Bartolo*, e di *Butrigario*, e de' loro seguaci, nel caso d' un nipote, che aveva preterita l' Ava, ed esclusi affatto i fratelli, avea istituito erede *ex asse* l' Ospedale *dell' Annunciata*. Il S. C. a giunte Ruote giudicò, che la legittima dell' Ava preterita, non ostante la totale esclusione de' fratelli del defunto, *esset tertia pars, vel medietas ejus, quod habitura esset ab intestato, quam mater retinebit, & residuum virtute clausularum restituat heredi instituto*, e come sei eran i fratelli del defunto, co' quali sarebbe l' Ava concorsa all' intestata successione, la di lei legittima fu dichiarata la metà della settima porzione, avendo in ciò il S.C., contro l' opinione di tutti gl' interpreti, per il numero de' fratelli, che concorrevano, accresciuta la legittima al semisse.

Nel racconto di questa decisione, nella quale fu discettato pienamente l'articolo, *retento themate quod mater sit in re certa instituta, vel quod sit præterita*, rapporta lo stesso Presidente de *Franchis* altra decisione del S.C., che si ebbe presente, la quale meglio vien anche riferita dal Reggente *Rovito* (1). Era morto un figliuolo con testamento, col quale escluse affatto i fratelli, e lascia-

(1) *Rovit. decis.* 22.

ſciato aſſai poco alla madre per la ſua legittima, erede univerſale aveva iſtituito il Capitolo di *S. Nicolò di Bari*. Preteſe la madre, che la ſua legittima eſſer doveſſe la terza parte dell'eredità, e così per eſſa deciſo aveva la Curia del Cappellan Maggiore, ed un Giudice di appello; ma avendo il Capitolo ottenuto, che la cauſa ſi rieſaminaſſe nel S. C., a Ruote giunte fu rivocata la ſentenza della Curia, e fu deciſo, che la legittima della madre eſſer doveſſe la terza della terza parte di tutta l'eredità. Reclamò dalla ſentenza del S. C. la madre, e'l Vicerè volle, che la cauſa ſi foſſe deciſa nel Collaterale con due Ruote del S. C., perchè la deciſione ſi aveſſe come una legge da porre fine alla dubbiezza dell' articolo: *quod*, è il *Rovito* che così racconta, *ex deciſione facienda in cauſa reclamationis VENIEBAT FERENDA LEX IN HOC ARTICULO, A QUO IN FUTURUM NON ESSET RECEDENDUM, & propterea fuit obtentum, quod decideretur cauſa per S. C. junctis ejusdem duabus Aulis, ſed in Regio Collaterali Conſilio, & ſic in deciſione interfuit S. C., & Collaterale Conſilium, & per utrumque Conſilium fuit confirmata ſententia contra matrem: ergo nullo modo poterat ab ea deciſione recedi, quot quot deci-*

ſi-

fiones contrariæ afferrentur in aliis quibusdam Tribunalibus extra Regnum.

Questa decisione rammentata dal de *Franchis*, e quella emanata a sua relazione, furon di certa, e sicura norma al S. C. nella terza decisione che rapporta il *Rovito*, proferita esso votante a relazione del Consiglier *Salinas* nel caso d'un' altro figliuolo, che istituita aveva la madre nella legittima, e lasciata la metà de' beni antichi sottoposti alla consuetudine alla sorella, aveva istituita erede la Chiesa d'e*SS. Matteo e Francesco*. Il S. C. non ostante, che la sorella aveva rinunciato al fratello nella sua dotazione, credette *temerità* recedere da quello che altra volta erasi giudicato, *& proinde die* 18. *Maii* 1623. *in hac causa judicavit contra matrem, quod scilicet ejus legitima in bonis filii, existente sorore præterita, sit tertia pars portionis, quæ ei competeret ab intestato. Longo Actuarius.*

In queste tre decisioni il S. C. ne' termini della controversia aggitata tra *Bartolo*, e *Butrigario*, nella totale esclusione de' fratelli, credette più giusto il sentimento del primo, e volle adottarlo, e farne *un jus receptum*, anzi il *Vicerè* volle farne una legge perpetua, ed inviolabile ne' simili casi. Ma noi non siamo ne' stessi termini, e 'l sentimento, e le ragioni allegate da *Butrigario* non convengono alla nostra causa. Tutto l'appoggio del di lui sentimento era l'esclusione de' fratelli, le

di

di cui porzioni voleva che si accrescessero nel computo della legittima alla madre, comechè essi non potessero domandare, e così esser dovesse per quella l' intero triente. Questa ragione cessa quando i fratelli avesser avuta parte dell' eredità, poichè nè il *Butrigario*, nè alcuno de' seguaci della sua dottrina dubitò, che la legittima dovuta a' genitori fosse il triente della porzione spettante *ab intestato*, alla quale concorrendo co' fratelli del defunto, dovessero farsene tante porzioni quanti fossero gli ascendenti, ed i fratelli. Il *Merlino* (1), che rapporta i discordi pareri di *Bartolo*, e di *Butrigario*, cui pare che inclinasse, rapporta le seguenti limitazioni: *Tertius casus est, quando sunt heredes instituti ipsi filii & fratres respective, & matri relicta est legitima. Hoc casu* PLANA ET VERISSIMA EST BARTOLI SENTENTIA, UT LEGITIMA SIT TERTIA PORTIONIS, e cita decisioni della Ruota Romana, con molti scrittori. *Quartus casus est: quando* A FRATRE FUERUNT FRATRES INSTITUTI ALIQUO RECOGNITI, PUTA, QUIA EIS ALIQUID RELICTUM SIT TITULO LEGATI, *& matri legitima relicta sit. Hoc casu opinionem Bartoli* ESSE VERIO.

(1) *Merlino lib.* 1. *tit.* 10. *quæst.* 7.

RIOREM SCRIPSERUNT CONTRA MATREM molti illuſtri autori che rapporta, e ne aſſegna la ragione: *quia cum a fratre ſunt cogniti fratres, non poſſunt æquiparari mortuis, nec dici inſucceſſibiles* (1).

Il noſtro *Giuſeppe Sorge*, ultimo ſcrittore delle coſe forenſi, nella *Giuriſprudenza al cap. 31. del lib. 7. de legitima*, riporta queſta controverſia, ed inclina al ſentimento di *Butrigario*, quando però i fratelli del defunto ſiano affatto eſcluſi, ma cede all'autorità di *Bartolo* quando ſiano ſtati nel teſtamento contemplati: *Hæc autem ratio minuitur, ubi fratres cum ea*, cioè colla madre, *ad ſucceſſionem concurrunt SECUNDUM MAGIS COMMUNEM OPINIONEM; nam cum legitima ſit portio portionis debitæ ab inteſtato l. cum quæritur C. de inoff. teſtam., & in ea fratres cum matre vocentur auth. defuncto C. ad Tertullianum, SI ILLI ETIAM IN SUCCESSIONE TESTAMENTARIA CONCURRANT, faciunt partem in præjudicium matris, cum illi & a lege, & a teſtatore vocentur; & HOC IN CASU MAGIS COMMUNIS OPINIO CUM BARTOLO EXTAT, UT TESTANTUR ETIAM CONTRARIÆ OPINIONIS DEFENSORES, & præcipue*

(1) *Loco cit. n. 14. & 15.*

pue Gabr. d. conſ. 94. n. 20. lib. 1. & alii quos refert Theſaurus d. deciſ. 172. num. 4., & in his terminis pariter loquitur dec. de Franchis 63. .

Queſta diſtinzione di *Butrigario*, e de' ſuoi ſeguaci è erronea nel dritto, ov'è dimoſtrato, *in ponenda legitimæ ratione, non qui in legitimæ petitione concurrant inſpiciendum eſt, ſed quis in ſucceſſione inteſtati concurſus eſſet, ſi ab inteſtato ſuccederetur. Proinde qui ad partem hereditatis legitimæ admitterentur haud dubie faciunt partem in computatione legitimæ, licet ad nullam legitimæ partem admittantur, nec admitti ſperentur* (1). Ma ſia comunque, quando non ſi voglia la noſtra cauſa deciſa colla teoria di *Bartolo*, ſarà deciſa ſecondo l' eccezione di *Butrigario*, e de' ſuoi ſeguaci, poichè nel noſtro teſtamento tutto è dato al fratello, ed alle ſorelle del defunto inſiem colla madre, eccetto il ſolo uſufrutto del ſedecommeſſo alla moglie.

Quindi dopo le antiche deciſioni rapportate del S.C., nelle quali eſſendo eſcluſi i fratelli, ed iſtituito l'eſtra-

(1) *Faber loc. cit. Rimiuald. tom. 4. conſ. 405. n. 24. Huber. lib. 5. tit. 2. de inoff. teſt. num. 14. Vinnius l. 1. qu. c. 21. Struv. exer. 10. th. 32.*

l'eſtraneo, fu nettamente ſeguito il ſentimento di *Bartolo*, vogliam rammentarne una recentiſſima, nella quale fu ſeguito il di lui ſentimento nell' eccezione di *Butrigario*, e de' ſuoi ſeguaci. Il noſtro Avvocato *D. Franceſco Arena* nel 1789. aveva iſtituito erede il padre *D. Ilario* nel ſuo mobile di Caſa, col gravame di pagare ducati otto al meſe ad una ſua Cameriera *Giulia di Mauro*, ed aveva ad eſſo, ed al fratello ſuperſtite *D. Paolo* prelegato quanto l'apparteneva ſulla materna eredità. Erede univerſale aveva iſtituito un ſuo nipote chiamato anch' eſſo *D. Franceſco*, figliuolo di *D. Pietro* altro ſuo fratello premorto, ed aveva ordinato, che de' frutti della ſua eredità ſi faceſſe un moltiplico fino all' età di anni 30. dell'erede, dal qual tempo in poi quello ne godeſſe, ed i capitali tutti foſſero ſottopoſti ad un perpetuo maggiorato. Il padre domandò di liquidarſi la ſua legittima, non volendo ſtare al teſtamento del figlio, e fu diſcettato quanta eſſer doveſſe. La G. C. della Vicaria, a relazione del dottiſſimo Giudice, oggi Caporuota *S. C. D. Michelangiolo Cianciulli*, deciſe nel 1790.: *legitimam patris ſuper bonis hereditariis filii prædefuncti, exiſtentibus patre in legitima inſtituto, fratre legatario, ac nepote ex altero prædefuncto fratre herede univerſali inſtituto, eſſe tertiam tertiæ partis bonorum hereditariorum, ac proinde ad eamdem ratio-*

tionem liquidandam eſſe legitimam debitam D. Hilario Arena ſuper bonis quaſi Caſtrenſibus qu. Advocati D. Franciſci Arena ejus filii prævio illorum apprecio.

Raggionavanſi in quel tempo i decreti da' Maggiſtrati, e da quel valentuomo, che fu Commeſſario della cauſa, dopo poſto il dubbio della deciſione per le due contrarie opinioni, fu ragionato: *At ex Nov.* 18. *M. C. veriſimiliorem cenſuit Bartoli ſententiam, cum ſucceſſionem in tananda legitima ad cauſam inteſtati prius redigi oporteat; eo vel magis in caſu, de quo agitur, nam collaterales teſtator ſilentio non præteriit, imo ex eis unum ex fratre prædefuncto nepotem ſcilicet, heredem univerſalem inſtituit cum onere fideicommiſſi: fratri vero quotam dotium maternarum legavit, ejuſque filios vocavit, deficientibus deſcendentibus heredis inſtituti.* Seguì la G. C. l'opinione di *Bartolo*, riconoſciuta vera anche da' ſeguaci di *Butrigario* nel caſo di eſſer conſiderati i fratelli nell'eredità teſtata, dalla quale vuol dedurſi la legittima d'un'aſcendente. Ne appellò al S. C. il padre, ed a relazione del Marcheſe *Biſogni*, nella ſteſſa Ruota che deve trattarſi la noſtra cauſa, intervenendo il Marcheſe *Potenza* da Caporuota, il Conſultore *Guggino*, il Cavaliere *D. Luigi Medici*, e 'l Marcheſe de *Roſa*, neſſuno inferiore agli antichi che han ſeduto nel S. C.,

ne

nè ſuperiore a' preſenti, fu confermata la deciſione della G. C. della Vicaria *ex juribus, rationibuſque ſatis ſuperque allegatis in citato decreto M. C.*

Siam traſcorſi più dell' uſato a ſcrivere in una cauſa, per la quale baſtava ricordare al S. C. quel bel reſponſo di *Scevola* per il teſtamento di colui, che proteſtato aveva: *hoc meum teſtamentum ſcripſi ſine ullo juriſperito, rationem animi mei potius ſecutus, quam nimiam, & miſeram diligentiam, & ſi minus aliquid legitime, minuſve perite fecero pro jure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas*. Ma giacchè per la taſſazione ſpecialmente della legittima della madre abbiam rammentate al S. C. molte ſue antiche, e recenti deciſioni in caſi ſimili, oltre quella rapportata dal de *Franchis*, e da *Rovito*, che proferita dal S. C. col Collaterale, volle il *Vicerè* che foſſe una legge ſtabile, e certa, vogliamo anche ricordare, ciochè diſpone la legge ne' caſi dubbj, benchè dubbio non ſia il caſo noſtro, a favor del quale concorre è la teorìa di *Bartolo*, e l' eccezione di *Butrigario*: *Si de interpretatione legis quæratur; in primis inſpiciendum eſt, quo jure Civitas retro in ejuſmodi caſibus uſa fuiſſet: optima enim eſt legum interpres conſuetudo . . . Nam Imperator noſter Severus reſcripſit in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiſcun-*